



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De concern(genoten)enquête: Naar huidig en wenselijk recht
Jager, R.P.

Citation

Jager, R. P. (2019, October 30). *De concern(genoten)enquête: Naar huidig en wenselijk recht*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/83253>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/83253>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/83253> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Jager, R.P.

Title: De concern(genoten)enquête: Naar huidig en wenselijk recht

Issue Date: 2019-10-30

Hoofdstuk 9

(VERHAAL) ONDERZOEKSKOSTEN EN SCHADEVERGOEDING

9.1 Onderzoekskosten

Overzien wij 's Ondernemingskamers beschikkingspraktijk ter zake van de vanaf 2002¹ tot de datum van afsluiting van dit onderzoek in (medio) 2019 op verzoek van houders van (certificaten van) aandelen gelaste concerngenotenenquêtes,² dan doemt daaruit het volgende beeld op. In de dicta van haar onderzoeksbeschikkingen stelt de Ondernemingskamer vast wat het onderzoek ten hoogste mag kosten, een en ander

-
- 1 De beschikkingen van daarvoor zijn gegeven in het guldentijdperk, waardoor de daarin voorkomende bedragen zouden moeten worden omgerekend naar euro's. Om dat te vermijden heb ik gekozen voor het jaar van invoering van de euro: (1 januari) 2002.
 - 2 Deze pool van beschikkingen bestaat uit hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Janson*); hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/8 (*Easy World Airline*); hof Amsterdam (OK) 31 juli 2002, *ARO* 2002/128 (*Polyplus*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2002, *ARO* 2002/129 (*Mali Zevenaar*); hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/9 (*Kruisheer Elffers*); hof Amsterdam (OK) 26 maart 2003, *ARO* 2003/60 (*Callas*); hof Amsterdam (OK) 6 juni 2003, *ARO* 2003/98 (*McVeldt*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2003, *ARO* 2003/110 (*B&S Heiloo*); hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. T.M. Stevens (*Landis*); hof Amsterdam (OK) 13 april 2004, *ARO* 2004/54 (*Cebepe*); hof Amsterdam (OK) 4 januari 2005, *ARO* 2005/5 (*Bouwbuuro*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2005, *ARO* 2005/34 (*Dodo*); hof Amsterdam (OK) 24 maart 2005, *ARO* 2005/55 (*ACI*); hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/59 (*Euroyal*); hof Amsterdam (OK) 25 mei 2005, *ARO* 2005/84 (*Florimarx*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2005, *ARO* 2005/97 (*'t Hart*); hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, *ARO* 2005/119 (*BKV*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2005, *ARO* 2005/150 (*Curamedical*); hof Amsterdam (OK) 22 maart 2006, *ARO* 2006/70, *Ondernemingsrecht* 2006/145, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Van Doorn*); hof Amsterdam (OK) 30 mei 2006, *ARO* 2006/105 (*BWT*); hof Amsterdam (OK) 28 juni 2006, *ARO* 2006/114 (*Van Lennep*); hof Amsterdam (OK) 26 juli 2006, *ARO* 2006/142 (*K&H*); hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, *ARO* 2006/145 (*TriQorp*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172 (*Hartevelt*); hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/193 (*Masselink*); hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/192 (*De Leeuw*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *ARO* 2007/46 (*ITpreneurs*); hof Amsterdam (OK) 22 juni 2007, *ARO* 2007/102 (*Micam*); hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/8 (*Pool*); hof Amsterdam (OK) 4 maart 2008, *ARO* 2008/51 (*ICTrack*); hof Amsterdam (OK) 5 maart 2008, *ARO* 2008/53 (*Kalf-Valk*); hof Amsterdam (OK) 3 december 2008, *ARO* 2008/191 (*Graphic*); hof Amsterdam (OK) 26 januari 2009, *ARO* 2009/19 (*E&M Horeca*); hof Amsterdam (OK) 19 november 2009, *ARO* 2009/180 (*FazandtGroep*); hof Amsterdam (OK) 3 mei 2010, *ARO* 2010/82 (*Mulix*); hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *ARO* 2010/88 (*UPA*); hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010,

exclusief omzetbelasting (btw). Dit (initiële) kostenplafond varieert van € 5.000³ tot, op één uitzondering na,⁴ € 50.000.⁵ Meestentijds⁶ bedraagt het kostenmaximum

-
- ARO 2010/104 (Posttate)*; hof Amsterdam (OK) 16 november 2010, *ARO 2010/170 (2Link)*; hof Amsterdam (OK) 18 november 2010, *ARO 2010/171 (Weerts & Van Rooij)*; hof Amsterdam (OK) 10 februari 2011, *ARO 2011/33 (MEI)*; hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, *ARO 2011/55 (A&T Van Beek)*; hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO 2011/82 (Proxy)*; hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, *ARO 2011/104 (Markerink)*; hof Amsterdam (OK) 8 september 2011, *ARO 2011/139 (Induna)*; hof Amsterdam (OK) 10 april 2012, *ARO 2012/56 (Sequoia)*; hof Amsterdam (OK) 28 augustus 2012, *ARO 2012/119 (Pierson & Pierson)*; hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO 2012/165 (Via Parva)*; hof Amsterdam (OK) 8 januari 2013, *ARO 2013/24 (BHC)*; hof Amsterdam (OK) 17 januari 2013, *ARO 2013/26 (Thermen)*; hof Amsterdam (OK) 2 april 2013, *ARO 2013/68 (New Look)*; hof Amsterdam (OK) 31 juli 2013, *ARO 2013/127 (Jimm)*; hof Amsterdam (OK) 24 oktober 2013, *JOR 2014/159*, m.nt. W.H. van Baren (*Staat*); hof Amsterdam (OK) 12 december 2013, *ARO 2014/6 (Three Ships)*; hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014, *ARO 2014/40 (Wikkelbok)*; hof Amsterdam (OK) 13 maart 2014, *ARO 2014/60 (S&R)*; hof Amsterdam (OK) 17 maart 2014, *ARO 2014/61 (Fuhler)*; hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, *ARO 2014/64 (Plat Edam)*; hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO 2014/85 (De Jong)*; hof Amsterdam (OK) 21 augustus 2014, *ARO 2014/175 (Depron)*; hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, *ARO 2015/18 (Iszgro)*; hof Amsterdam (OK) 22 januari 2015, *ARO 2015/70 (DPS)*; hof Amsterdam (OK) 11 mei 2015, *ARO 2015/136 (Barendregt's)*; hof Amsterdam (OK) 16 juni 2015, *ARO 2015/165 (Clifden)*; hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO 2015/171 (Phanos Reit)*; hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO 2015/173 (Lansinkveste)*; hof Amsterdam (OK) 11 september 2015, *ARO 2015/191 (RTC)*; hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO 2016/7 (4Apps)*; hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO 2016/58 (Strara)*; hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO 2017/24 (Blue)*; hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, *ARO 2017/51 (WiSH IP)*; hof Amsterdam (OK) 6 april 2017, *ARO 2017/104 (New Company Investments)*; hof Amsterdam (OK) 18 mei 2017, *ARO 2017/128 (Roessen & Roessen)*; hof Amsterdam (OK) 17 juli 2017, *ARO 2017/148 (Bakery Initiatives)*; hof Amsterdam (OK) 28 september 2017, *ARO 2018/5 (Readen Retail)*; hof Amsterdam (OK) 21 december 2017, *ARO 2018/50 (IHP)*; hof Amsterdam (OK) 1 februari 2018, *ARO 2018/90 (Setay)*; hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO 2018/83 (ADW)*; hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO 2018/110 (Monitor)*; hof Amsterdam (OK) 27 augustus 2018, *ARO 2018/185 (Hoeve Holland)*; hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, *ARO 2018/194 (Monitus)*; hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, *ARO 2019/64 (Steelframe)*; hof Amsterdam (OK) 31 januari 2019, *ARO 2019/73 (Monmar)*; hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO 2019/84 (Lap)*; hof Amsterdam (OK) 5 april 2019, *ECLI:NL:GHAMS:2019:1603 (Cavari)*.
- 3 *Vide* hof Amsterdam (OK) 24 maart 2005, *ARO 2005/55 (ACI)*; hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, *ARO 2005/119 (BKV)*; hof Amsterdam (OK) 26 januari 2009, *ARO 2009/19 (E&M Horeca)*.
- 4 Dat is hof Amsterdam (OK) 7 november 2018, *ARO 2019/28 (SNS)*. Daarin is het (initiële) onderzoeksbudget vastgesteld op € 2.300.000, de verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen.
- 5 *Vide* hof Amsterdam (OK) 10 februari 2011, *ARO 2011/33 (MEI)*; hof Amsterdam (OK) 10 april 2012, *ARO 2012/56 (Sequoia)*; hof Amsterdam (OK) 11 september 2015, *ARO 2015/191 (RTC)*.
- 6 Bij tijd en wijle worden de (initiële) onderzoekskosten op een hoger bedrag vastgesteld. Zo stelde in hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO 2018/83 (ADW)* de Ondernemingskamer het bedrag dat het onderzoek ‘(waaronder begrepen het beproeven van een minnelijke regeling)’ ten hoogste mocht kosten, vast op € 40.000. Dat was ook het geval in hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, *ARO 2018/194 (Monitus)* en in hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, *ARO 2017/51 (WiSH IP)*. In hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO 2018/110 (Monitor)* en in hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, *ARO 2019/64 (Steelframe)* wordt een bedrag van € 35.000 vermeld.

€ 10.000,⁷ € 15.000,⁸ € 20.000⁹ of € 25.000,¹⁰ waarbij opmerking verdient dat het eerstbedoelde (initiële) maximum na de *2Link*-beschikking¹¹ niet meer is voorgekomen.

-
- 7 *Vide* hof Amsterdam (OK) 31 juli 2002, *ARO* 2002/128 (*Polyplus*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2002, *ARO* 2002/129 (*Mali Zevenaar*); hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/9 (*Kruisheer Elffers*); hof Amsterdam (OK) 6 juni 2003, *ARO* 2003/98 (*McVeldt*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2003, *ARO* 2003/110 (*B&S Heiloo*); hof Amsterdam (OK) 25 mei 2005, *ARO* 2005/84 (*Florimarx*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2005, *ARO* 2005/97 (*ÿ Hart*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2005, *ARO* 2005/150 (*Curamedical*); hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/192 (*De Leeuw*); hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/8 (*Pool*); hof Amsterdam (OK) 5 maart 2008, *ARO* 2008/53 (*Kalf-Valk*); hof Amsterdam (OK) 19 november 2009, *ARO* 2009/180 (*FazandtGroep*); hof Amsterdam (OK) 16 november 2010, *ARO* 2010/70 (*2Link*).
- 8 *Vide* hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Janson*); hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/8 (*Easy World Airline*); hof Amsterdam (OK) 26 maart 2003, *ARO* 2003/60 (*Callas*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2005, *ARO* 2005/34 (*Dodo*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172 (*Hartevelt*); hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/193 (*Masselink*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *ARO* 2007/46 (*ITpreneurs*); hof Amsterdam (OK) 22 juni 2007, *ARO* 2007/102 (*Micam*); hof Amsterdam (OK) 3 december 2008, *ARO* 2008/191 (*Graphic*); hof Amsterdam (OK) 3 mei 2010, *ARO* 2010/82 (*Mulix*); hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Posttate*); hof Amsterdam (OK) 18 november 2010, *ARO* 2010/171 (*Weerts & Van Rooij*); hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, *ARO* 2011/55 (*A&T Van Beek*); hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, *ARO* 2011/104 (*Markerink*); hof Amsterdam (OK) 2 april 2013, *ARO* 2013/68 (*New Look*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014, *ARO* 2014/40 (*Wikkelbok*); hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, *ARO* 2015/18 (*Izsgro*); hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58 (*Strara*); hof Amsterdam (OK) 1 februari 2018, *ARO* 2018/90 (*Setay*).
- 9 *Vide* hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/59 (*Euroyal*); hof Amsterdam (OK) 22 maart 2006, *ARO* 2006/70, *Ondernemingsrecht* 2006/145, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Van Doorn*); hof Amsterdam (OK) 30 mei 2006, *ARO* 2006/105 (*BWT*); hof Amsterdam (OK) 28 juni 2006, *ARO* 2006/114 (*Van Lennep*); hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, *ARO* 2006/145 (*TriQorp*); hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82 (*Proxy*); hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165 (*Via Parva*); hof Amsterdam (OK) 31 juli 2013, *ARO* 2013/127 (*Jimm*); hof Amsterdam (OK) 13 maart 2014, *ARO* 2014/60 (*S&R*); hof Amsterdam (OK) 17 maart 2014, *ARO* 2014/61 (*Fuhler*); hof Amsterdam (OK) 21 augustus 2014, *ARO* 2014/175 (*Depron*); hof Amsterdam (OK) 22 januari 2015, *ARO* 2015/70 (*DPS*); hof Amsterdam (OK) 11 mei 2015, *ARO* 2015/136 (*Barendregt's*); hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO* 2016/7 (*4Apps*).
- 10 *Vide* hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *ARO* 2010/88 (*UPA*); hof Amsterdam (OK) 8 september 2011, *ARO* 2011/139 (*Induna*); hof Amsterdam (OK) 28 augustus 2012, *ARO* 2012/119 (*Pierson & Pierson*); hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, *ARO* 2014/64 (*Plat Edam*); hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO* 2014/85 (*De Jong*); hof Amsterdam (OK) 16 juni 2015, *ARO* 2015/165 (*Clifden*); hof Amsterdam (OK) 18 mei 2017, *ARO* 2017/128 (*Roessen & Roessen*); hof Amsterdam (OK) 28 september 2017, *ARO* 2018/5 (*Readen Retail*); hof Amsterdam (OK) 21 december 2017, *ARO* 2018/50 (*IHP*); hof Amsterdam (OK) 27 augustus 2018, *ARO* 2018/185 (*Hoeve Holland*); hof Amsterdam (OK) 31 januari 2019, *ARO* 2019/73 (*Monmar*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/84 (*Lap*).
- 11 Hof Amsterdam (OK) 16 november 2010, *ARO* 2010/70 (*2Link*).

Behoudens de *Euroyal*-beschikking, waarin de Ondernemingskamer bepaalde dat de onderzoekskosten bij helfte ten laste van beide verzoeksters kwamen,¹² en de *Mulix*-beschikking, waarin de Ondernemingskamer niet (expliciet) bepaalde ten laste van wie de onderzoekskosten kwamen,¹³ bepaalde de Ondernemingskamer dat de onderzoekskosten, al dan niet hoofdelijk, werden gedragen door (een van) de te enquêteren vennootschap(pen) alsmede dat deze voor de betaling daarvan ten genoegen van de onderzoeker, al dan niet vóór de aanvang van diens werkzaamheden, zekerheid diende(n) te stellen.¹⁴ Veelal kwamen die kosten – overeenkomstig het thans vigerende systeem, dat uitgaat van enkelvoudige rechtspersonen, die elk (dan ook) hun eigen kosten dragen – ten laste van zowel de moedermaatschappij als haar dochtermaatschappij(en), soms zelfs in een bepaalde verhouding.¹⁵ Niettemin heeft de Ondernemingskamer in een niet onaanzienlijk aantal beschikkingen bepaald dat zij – in afwijking van het vorenbedoelde systeem – alleen ten laste van eerstgenoemde kwamen.¹⁶

-
- 12 Hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/59 (*Euroyal*). Uit deze beschikking blijkt niet dat de verzoeksters daartoe de bereidheid hadden uitgesproken.
- 13 Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2010, *ARO* 2010/82 (*Mulix*). Wel bepaalde zij dat de gerekestreerde vennootschappen zekerheid voor de onderzoekskosten moesten stellen. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat zij ook degenen zijn ten laste van wie die kosten kwamen.
- 14 In hof Amsterdam (OK) 3 mei 2010, *ARO* 2010/82 (*Mulix*) werd aan dat zekerheid stellen nog toegevoegd ‘op de door hem te bepalen wijze’.
- 15 *Vide* hof Amsterdam (OK) 26 maart 2003, *ARO* 2003/60 (*Callas*); hof Amsterdam (OK) 28 juni 2006, *ARO* 2006/114 (*Van Lennep*). In de eerstgenoemde beschikking werden de onderzoekskosten, alsook de zekerheidsstelling daarvoor, voor telkens een derde over de drie te enquêteren vennootschappen verdeeld en in de laatstgenoemde beschikking werd één te enquêteren (dochter)vennootschap ontzien en werden de onderzoekskosten in een 90%-10%-verhouding verdeeld over de andere te enquêteren vennootschappen, waarvoor in diezelfde verhouding zekerheid moest worden gesteld.
- 16 *Vide* hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Janson*); hof Amsterdam (OK) 31 juli 2002, *ARO* 2002/128 (*Polyplus*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2002, *ARO* 2002/129 (*Mali Zevenaar*); hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. T.M. Stevens (*Landis*); hof Amsterdam (OK) 13 april 2004, *ARO* 2004/54 (*Cebepe*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2005, *ARO* 2005/34 (*Dodo*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172 (*Hartevelt*); hof Amsterdam (OK) 19 november 2009, *ARO* 2009/180 (*FazandtGroep*); hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82 (*Proxy*); hof Amsterdam (OK) 8 januari 2013, *ARO* 2013/24 (*BHC*); hof Amsterdam (OK) 31 juli 2013, *ARO* 2013/127 (*Jimm*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014, *ARO* 2014/40 (*Wikkelbok*); hof Amsterdam (OK) 22 januari 2015, *ARO* 2015/70 (*DPS*); hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/171 (*Phanos Reit*); hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO* 2016/7 (*4Apps*); hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58 (*Strara*); hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/24 (*Blue*); hof Amsterdam (OK) 18 mei 2017, *ARO* 2017/128 (*Roessen & Roessen*); hof Amsterdam (OK) 28 september 2017, *ARO* 2018/5 (*Readen Retail*); hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, *ARO* 2018/194 (*Monitus*); hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, *ARO* 2019/64 (*Steelframe*); hof Amsterdam (OK) 5 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1603 (*Cavari*). In hof Amsterdam (OK) 27 augustus 2018, *ARO* 2018/185, r.o. 3.9 (*Hoeve Holland*) overwoog de Ondernemingskamer dat zij (mede) de onderzoekskosten ten laste zou brengen van ‘Hoeve Holland’, de moedermaatschappij, maar in het dictum zijn die kosten ten laste van deze vennootschap én haar dochtermaatschappij Koppenberg gebracht. *Cf.* hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, *ARO* 2018/194, r.o. 3.15 en het dictum (*Monitus*).

9.2 Schadevergoeding

Indien de Ondernemingskamer het (enquête)verzoek afwijst, en daarbij – op verzoek of ambtshalve – beslist dat het naar haar oordeel niet op redelijke grond is gedaan,¹⁷ kan de rechtspersoon waartegen dat verzoek zich richtte, tegen de verzoeker(s) bij de Ondernemingskamer een eis instellen tot vergoeding van de schade die hij ten gevolge van het evenbedoelde verzoek lijdt, voor de instelling waarvan als woonplaats mede geldt de woonplaats die de verzoeker heeft gekozen voor de indiening van het enquêteverzoek, dit een en ander op grond van art. 2:350, tweede lid, BW.

Dit artikel (eertijds: art. 53a WvK) is voorgesteld door de commissie-Verdam¹⁸ en staat in de wet sinds 1970.¹⁹ Mij zijn sedertdien slechts drie beschikkingen bekend waarin de Ondernemingskamer besliste dat het verzoek niet op redelijke grond was gedaan, te weten *La Casserole*,²⁰ *Amtel*²¹ en *RVDD*,²² waarbij ik aanteken dat alleen in die laatste een concerngenotenenquête speelde. Bij mijn weten is in geen van die gevallen nadien bij de Ondernemingskamer een vordering tot schadevergoeding ingesteld. Willems stelt dan ook terecht vast dat art. 2:350, tweede lid, BW een ‘dode letter’ is.²³ Ook noemenswaardig is hetgeen hij verder nog opmerkte, namelijk dat ook al zou de Ondernemingskamer beslissen dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan, hij niet goed vermocht in te zien welk heil van de hier bedoelde

17 *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 23 februari 2018, *ARO* 2018/99, r.o. 3.9 (*Echo Pharmaceuticals*), waarin de Ondernemingskamer overwoog, voor zover hier van belang, dat bij de toewijzing van een verzoek houdende dat het enquêteverzoek niet op redelijke grond (in de beschikking wordt gesproken van ‘onredelijke’ grond) is gedaan, in zijn algemeenheid, tegen de achtergrond van het mede door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter, terughoudendheid geboden is, waarbij zij voor de toepassing van art. 2:350, tweede lid, BW aansluiting heeft gezocht bij de maatstaf die geldt voor de vraag of er sprake is van misbruik van procesrecht. De verklaring dat een (enquête)verzoek op onredelijke grond (lees: niet op redelijke grond) is gedaan, kan eerst dan worden toegewezen indien de enquêteverzoekende partij haar verzoek heeft gebaseerd ‘op feiten en omstandigheden waarvan zij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan zij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden’. *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 27 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1754, r.o. 3.19 (*Intergamma*), waarin naar de voornoemde uitspraak wordt verwezen.

18 *Vide* rapport-Verdam 1967, p. 69 en 72.

19 *Vide* de Wet van 10 september 1970 tot wijziging van de artikelen 53-54c van het Wetboek van Koophandel (Herziening van het enquêterecht), welke gepubliceerd is in *Stb.* 1970, 411. Deze wet trad in werking op 1 januari 1971; *vide* *Stb.* 1970, 532.

20 Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2009, *JOR* 2009/190, m.nt. G. van Solinge, r.o. 3.9 (*La Casserole*).

21 Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2011, *ARO* 2011/39, r.o. 3.18 (*Amtel*).

22 Hof Amsterdam (OK) 14 juni 2012, *ARO* 2012/98, r.o. 3.5 (*RVDD*).

23 J.H.M. Willems, ‘Het enquêterecht in de revisie’, in: *Geschillen in de vennootschap. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op vrijdag 13 en zaterdag 14 november 2009*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 105, Deventer: Kluwer 2010, p. 226.

schadevergoedingsactie te verwachten is; '[n]iet alleen wordt de rechtspersoon verwezen naar de gecompliceerde dagvaardingsprocedure, maar ook vergt het de nodige fantasie om vast te stellen dat schade is geleden door het doen van het verzoek, complexe vraagstukken omtrent causaliteit en vaststelling van de omvang van de schade nog maar daargelaten'.²⁴ Art. 2:350, tweede lid, BW heeft zijns inziens een 'hoog symbolisch gehalte'.²⁵

Naar mijn opvatting dient het hier bedoelde artikel uit de (huidige) enquête-regeling te worden geëcarteerd, en wel reeds hierom dat het element aansprakelijkheid daarin niet thuishoort; die regeling vindt haar uiterste grens in het vaststellen van verantwoordelijkheid voor mogelijk blijvend wanbeleid. Voorts oordeelt de Ondernemingskamer (hoogst) zelden dat een (enquête)verzoek niet op redelijke grond is gedaan en is een bij haar nadien ingestelde eis tot schadevergoeding een zeldzaamheid.²⁶ Overigens zij erop gewezen dat in geval van schrapping van art. 2:350, tweede lid, BW zulks een eventuele actie uit hoofde van art. 6:162 BW onverlet laat.²⁷ Tegen deze achtergrond, alsook gezien de opmerking(en) van Willems, laat ik (het bepaalde in) voormeld artikel verder rusten; er zal bij de bespreking van het enquêterecht in concernverhoudingen naar wenselijk recht bijgevolg geen aandacht aan worden besteed.

9.3 Kostenverhaal

Bij het verhalen van de onderzoekskosten heeft de art. 2:354 BW-gerechtigde twee mogelijkheden. De eerste betreft het verhalen van die kosten op de verzoekers tot enquête. Dit kan worden gedaan indien uit het verslag blijkt dat het enquêteverzoek niet op redelijke grond is gedaan (*cf.* art. 2:350, tweede lid, eerste volzin, BW). De ministers Polak en De Geus spraken hiervan dat de Ondernemingskamer 'er als het ware is ingelopen' respectievelijk 'door verzoekers op een dwaalspoor is gebracht'.²⁸ Bij mijn weten is de hier bedoelde mogelijkheid nog nooit met vrucht

24 Willems 2010, *op. cit.*, p. 226.

25 *Ibid.*

26 Eén keer werd een schadevergoedingsactie ingesteld, maar wees de Ondernemingskamer de eis af, omdat zij in de enquêtezaak niet had beslist dat het verzoek niet op redelijke grond was gedaan; *vide* hof Amsterdam (OK) 24 september 1998, *NJ* 1999/332 (*Horgen Papier*).

27 *Cf.* Geerts' noot, onder 2, bij hof Amsterdam (OK) 13 februari 1997, *TVVS* 1997/62, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Boommart*). *Vide* ook SER-advies 1988, p. 26, waarin werd opgemerkt dat de Ondernemingskamer sneller en doeltreffender dan de gewone civiele rechter een beslissing kan nemen over een vordering op grond van art. 2:350, tweede lid, BW. Op zichzelf lijkt mij dat juist, maar dat laat de (voor)vraag onbeantwoord: is er wel behoefte aan zulk een bepaling?

28 *Vide Handelingen II* 1969/70, 62, p. 2964; *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 25, p. 14.

aangewend.²⁹ Deze mogelijkheid tot kostenverhaal is dan ook een dode letter. Wat mij betreft, kan tot schrapping ervan worden overgegaan.³⁰

De tweede mogelijkheid regardeert het verhalen van de onderzoekskosten op een bestuurder, een commissaris of een ander die in dienst³¹ van de rechtspersoon was³²

-
- 29 Evenzo M.W. Josephus Jitta, 'Jongens ware we, maar aardige jongens, in: S. Perrick, H.-J. de Kluiver en I. Spinath (red.), *Kort Juridisch. Liber Amicorum Peter Wakkie. 22 juni 2018 – 70 jaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 83. *Vide* ook Storm 2018, *op. cit.*, p. 319-320, die vier, bij hem bekende, ingestelde – en afgewezen – gevallen noemde (voetnoot 300). Van Solinge schreef reeds in zijn noot, onder 9, bij HR 8 april 1998, *JOR* 1998/133, m.nt. G. van Solinge, *TVVS* 1998/73, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Skipper Club*) dat het onwaarschijnlijk is dat een situatie waarin de onderzoekskosten op een verzoeker tot enquête worden verhaald, zich in de praktijk voordoet. P. van der Vlis, 'De kosten van een enquête; wie zal dat betalen?', *TVVS* 1997/8, p. 228 noemde die situatie 'welhaast hypothetisch', dit vanwege het reeds gegeven gegronde redenen-oordeel. *Vide* ook Van der Vlis 2000, *op. cit.*, p. 321, alwaar hij spreekt van een 'tamelijk denkbeeldig scenario'. *Vide* bovendien SER-advies 1988, p. 42 en P.G.F.A. Geerts, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 8, volgens wie de hier bedoelde situatie zich 'niet snel zal voordoen'. Soortgelijke bewoordingen treffen wij ook aan in B. Winters, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:354 BW, aant. C.1; M.W. Josephus Jitta, in: *T&C Ondernemingsrecht*, art. 2:354 BW. Op het vorenbedoelde spoor zit ook Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1807. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/779 stellen dat uit het verslag niet snel van een onredelijke grond zal blijken. Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 822 stellen dat niet op redelijke grond gedane verzoeken in de praktijk 'niet of nauwelijks' zullen voorkomen.
- 30 Tweede Kamerlid Nederhorst heeft al eens door middel van het voorstellen van een amendement getracht de mogelijkheid tot kostenverhaal op de verzoekers tot enquête te schrappen, zij het vruchteloos, aangezien zijn amendement is verworpen; *vide Kamerstukken II* 1969/70, 9596, 12; *Handelingen II* 1969/70, 62, p. 2964-2965; *Handelingen II* 1969/70, 63, p. 2997. *Vide* ook *Kamerstukken II* 1971/72, 11005, 6, p. 12 (VV); *Kamerstukken II* 1972/73, 11005, 7, p. 16 (MvA); C.J. van Zeben en J.W. Du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoeringswet Boek 2. Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1977, p. 1481-1482. Verder noem ik Van der Vlis 2000, *op. cit.*, p. 321 (herhaald op p. 324): 'Het meest voor de hand ligt mijns inziens om beide bepalingen [art. 2:350, tweede lid, BW en art. 2:354 BW, toev. RPJ] te laten vervallen (...).'
- 31 Volgens Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1081 (voetnoot 131) zou dat een (interim-)manager kunnen zijn. Storm 2014a, *op. cit.*, p. 219 (voetnoot 175) voegde daar nog aan toe een (groot)aandeelhouder.
- 32 Dat degene op wie het art. 2:354 BW-verzoek gericht is, niet meer bij de geënquêteerde rechtspersoon in dienst 'is', staat volgens de Ondernemingskamer niet aan een veroordeling tot betaling van de onderzoekskosten in de weg, nu haars inziens 'een redelijke uitleg van het bepaalde in artikel 2:354 BW meebrengt dat met die bepaling is bedoeld kostenverhaal mogelijk te maken op personen die ten tijde van het onjuiste beleid in enige relevante betrekking stonden tot de vennootschap en ten aanzien van wie uit het verslag is gebleken dat zij voor het onjuiste beleid of de onbevredigende gang van zaken verantwoordelijk zijn, ongeacht of die betrekking tot de vennootschap nog bestaat op het moment waarop het kostenverhaal wordt verzocht'; *vide* hof Amsterdam (OK) 28 juni 2001, *JOR* 2001/148, m.nt. F.J.P. van den Ingh, r.o. 3.25 (*De Vries Robbé*). *Vide* ook P.G.F.A. Geerts, 'Betere regeling van de positie van de enquêteur', *TVVS* 1993/2, p. 41; P.G.F.A. Geerts, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 10.

of is.³³ Dit kan worden gedaan indien uit het verslag blijkt dat deze verantwoordelijk is voor een onjuist beleid, welk woord op de topleiding (lees: het bestuur en, zo die er is, de raad van commissarissen) slaat, dan wel een onbevredigende gang van zaken, welke woorden op de lagere functionarissen, die niet het beleid hebben bepaald, maar die door, bijvoorbeeld, het geven van verkeerd advies of het verstrekken van onjuiste inlichtingen de evenbedoelde gang van zaken teweeg hebben gebracht, slaan, van de rechtspersoon.³⁴

Mij zijn slechts drie beschikkingen bekend waarin de Ondernemingskamer – in een concerngenotenenquêtezaak – op die voet een verzoek tot kostenverhaal heeft toegewezen, namelijk *Polyplus*,³⁵ *Landis*³⁶ en *Pierson & Pierson*.³⁷ In de eerstbedoelde zaak gelastte de Ondernemingskamer desverzocht een onderzoek bij Polyplus Holding B.V. (hierna: Holding) en haar twee 100%-dochtermaatschappijen Polyplus Kunststoffen B.V. en Polyplus Special Products B.V., van welke vennootschappen zij tevens, kennelijk enig, bestuurder was, en bepaalde de Ondernemingskamer dat de onderzoekskosten ten laste van Holding kwamen.³⁸ Deze laatste had nadien de Ondernemingskamer verzocht haar enig (statutair) bestuurder, G. Schokker,³⁹ te veroordelen tot betaling van de zo-even genoemde kosten, hetwelk werd ingewilligd, nu hij verantwoordelijk kon worden gehouden voor het onjuiste beleid en de onbevredigende gang van zaken van de drie voornoemde vennootschappen.⁴⁰

33 In HR 16 augustus 1996, *NJ* 1997/37, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1996/172, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.3.1 (*VHS*) sprak de Hoge Raad – in het kielzog van plv. P-G Van Soest (*vide* zijn conclusie, onder 6.3 en 6.4, bij die beschikking) – van een '(rechts)persoon die in de sfeer van de rechtspersoon is opgetreden'. *Vide* daarover ook Maeijers noot, onder 4 (2^e al.), en die van Van den Ingh, onder 4, bij HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/82, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/135, m.nt. P. van der Vlis (*Text Lite*). Naar het oordeel van de Hoge Raad, als uitgesproken in HR 13 april 2018, *NJ* 2018/354, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2018/171, m.nt. F.G.K. Overkleef, *Ondernemingsrecht* 2018/82, m.nt. P.H.M. Broere, r.o. 3.3.3 (*Leaderland*), strookt het met de strekking van art. 2:354 BW om deze bepaling toepasselijk te achten op alle personen die in de sfeer van de (geënquêteerde) rechtspersoon zijn opgetreden en verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor zijn slechte functioneren, ook zonder dat zij dragers waren van een formele verantwoordelijkheid. Hiermee sanctioneerde hij het oordeel van de Ondernemingskamer in de beschikking *a quo* om zowel een juridisch bestuurder als een feitelijk bestuurder (*vide* ook de conclusie, onder 2.9 *et seq.*, van A-G Wesseling-van Gent bij 's Hogen Raads beschikking) in de onderzoekskosten te veroordelen; *vide* r.o. 3.2.2-3.3.4.

34 *Kamerstukken II* 1968/69, 9596, 6, p. 16 (MvA).

35 Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2003, *ARO* 2003/141 (*Polyplus*). *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 18 december 2002, *ARO* 2003/16 (*Polyplus*).

36 Hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, *JOR* 2012/77, m.nt. J.F. Ouweland, *JIN* 2012/11, m.nt. M. van den Berg, r.o. 4.132 *et seq.* (*Landis*).

37 Hof Amsterdam (OK) 1 mei 2014, *ARO* 2014/121, r.o. 5.11 (*Pierson & Pierson*).

38 Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2002, *ARO* 2002/128 (*Polyplus*).

39 Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2002, *ARO* 2002/128, r.o. 2.3 (*Polyplus*).

40 *Vide* hof Amsterdam (OK) 18 december 2002, *ARO* 2003/16, r.o. 1.3 (*Polyplus*); hof Amsterdam (OK) 21 juli 2003, *ARO* 2003/141, r.o. 1.4-1.5 en 3.7 (*Polyplus*).

In de tweedebedoelde zaak gelastte de Ondernemingskamer desverzocht een onderzoek bij Landis en haar drie 100%-dochtermaatschappijen Detron, Landis International en Landis Group en bepaalde zij dat de onderzoekskosten ten laste kwamen van Landis.⁴¹ De curatoren van laatstgenoemde verzochten de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang, een aantal (gewezen) bestuurders en commissarissen van, naar ik begrijp, Landis hoofdelijk te veroordelen tot betaling van die – uiteindelijk onverplicht ten laste van de boedel gekomen – kosten,⁴² hetgeen ten aanzien van een deel van hen voor honorering in aanmerking kwam en, wat de hoogte daarvan aanging, niet hoger uitkwam dan eerder door de Ondernemingskamer als maximum was bepaald.⁴³

In de derdegenoemde zaak gelastte de Ondernemingskamer desverzocht een onderzoek bij Pierson & Pierson B.V. (hierna: Pierson & Pierson) en haar volle dochtermaatschappij Tana Netting Netherlands B.V., waarvan de eerstgenoemde vennootschap tevens enig bestuurder was, en bepaalde zij dat de onderzoekskosten ten laste van hen beide kwamen.⁴⁴ Toen het tweede fase-verzoek bij de Ondernemingskamer binnenkwam verzochten beide vennootschappen om die kosten op Th.U. van der Bijl, de enig bestuurder van Pierson & Pierson,⁴⁵ te kunnen verhalen, welk verzoek voor toewijzing in aanmerking kwam, nu naar het oordeel van de Ondernemingskamer aan de vereisten van art. 2:354 BW was voldaan.⁴⁶ Hij werd dan ook door haar veroordeeld in de betaling daarvan.

41 Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. T.M. Stevens (*Landis*).

42 Tot het doen van zulk een (zelfstandig) verzoek is blijkens de tekst van art. 2:354 BW de rechtspersoon bevoegd. Is deze gefailleerd, dan kan het door de curator worden gedaan; *vide* hof Amsterdam (OK) 19 juni 1997, *JOR* 1997/83, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/136, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bobel*); hof Amsterdam (OK) 10 december 1998, *NJ* 1999/390, *JOR* 1999/32, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Spiegelenburg*); hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, *JOR* 2012/77, m.nt. J.F. Ouwehand, *JIN* 2012/11, m.nt. M. van den Berg, r.o. 4.136-4.137 (*Landis*); hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, *JOR* 2013/102, m.nt. D.A.M.H.W. Strik, r.o. 11.8 (*Van der Moolen*); hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61, m.nt. P. van Schilfgaarde, *AA* 2016/3, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 15.4 (*Meavita*). Hebben de enquêteverzoekers (een deel van) de onderzoekskosten betaald, dan brengt volgens de Hoge Raad een redelijke uitleg van art. 2:354 BW mee dat zij eveneens een verzoek als daarin bedoeld kunnen doen; *vide* HR 18 november 2016, *NJ* 2017/202, m.nt. H.B. Krans en P. van Schilfgaarde, *JOR* 2017/30, m.nt. A. Hammerstein, *Ondernemingsrecht* 2017/50, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté, r.o. 3.5.2 (*Meavita*). Aangenomen mag mijns oordeels worden dat zulks *mutatis mutandis* ook voor een art. 282 Rv-belanghebbende geldt. *Vide* eveneens hof Amsterdam (OK) 11 oktober 2016, *ARO* 2017/69, r.o. 4.13 (*Lansinkveste*): ‘Het verzoek te beslissen dat de onderzoekskosten op grond van artikel 2:354 BW op bestuurder De Groot kunnen worden verhaald, wordt eveneens afgewezen, aangezien dat verzoek niet door de vennootschap is gedaan en evenmin door een partij die die kosten zelf heeft gedragen [curs. RPJ].’

43 *Vide* hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. T.M. Stevens, r.o. 2.4 (*Landis*); hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, *JOR* 2012/77, m.nt. J.F. Ouwehand, *JIN* 2012/11, m.nt. M. van den Berg, r.o. 1.3, 1.8, 4.132, 4.135-4.137, 4.142 en 4.149 (*Landis*).

44 Hof Amsterdam (OK) 11 juni 2013, *ARO* 2012/119 (*Pierson & Pierson*).

45 Hof Amsterdam (OK) 11 juni 2013, *ARO* 2012/119, r.o. 2.3 (*Pierson & Pierson*).

46 Hof Amsterdam (OK) 1 mei 2014, *ARO* 2014/121, r.o. 1.7 en 5.11 (*Pierson & Pierson*).

Uit het vorenstaande vloeit voort dat degene die (*de iure et de facto*) de onderzoekskosten draagt, de Ondernemingskamer kan verzoeken de kosten op een bestuurder en/of commissaris te mogen verhalen, waartoe zij, indien aan de vereisten van art. 2:354 BW is voldaan, een veroordeling tot betaling kan uitspreken. Financiert de moedermaatschappij het onderzoek, dan kan zij dus een art. 2:354 BW-verzoek indienen. In het geval waarin zowel zij als haar dochtermaatschappij de kosten ten behoeve van dat onderzoek moeten ophoesten, dan kunnen zij beide daartoe overgaan. Dit is conform het thans vigerende systeem.

Aandacht verdient hiernaast de aard van de art. 2:354 BW-procedure. Niettegenstaande het feit dat in dit artikel wordt gesproken van ‘verantwoordelijk’, ben ik van mening dat deze procedure in wezen een (bijzondere) aansprakelijkheidsprocedure is.⁴⁷ Anders gezegd: art. 2:354 BW (2^e onderdeel) is een aansprakelijkheidsbepaling gehuld in het gewaad van een verantwoordelijkheidsbepaling. Hierbij heb

47 *Vide* (in die richting/gelijke zin) (ook) Van der Vlis 1997, *op. cit.*, p. 229; G. van Solinge, ‘Tussen wanbeleid en aansprakelijkheid’ (oratie Nijmegen), in: *Drie Nijmeegse redes. Beschouwingen over financiering, enquêterecht en privatisering*, Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 59, Deventer: Kluwer 1998, p. 55; P.G.F.A. Geerts, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 9.4; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1803; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1063 (*vide* ook p. 1084); C.D.J. Bulten en A.F.J.A. Leijten, ‘Een lastige doorbraakbepaling?’, in: D. Busch en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Christels koers. Liber Amicorum Prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol. Opstellenbundel aangeboden aan Prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol ter gelegenheid van haar afscheid als hoogleraar Effectenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen*, Serie Onderneming en Recht, deel 79, Deventer: Kluwer 2013, p. 182; B.F. Assink en M.J. Kroeze, ‘Kroniek enquêterecht 2015’, in: M. Holtzer, D.A.M.H.W. Strik en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 134, Deventer: Kluwer 2016, p. 59-60; Y. Borrius, ‘Individualisering van wanbeleid; verhaal van onderzoekskosten en aansprakelijkheid’, in: C.D.J. Bulten *et al.* (red.), *Marius geannoteerd. Opstellen aangeboden aan Mr. M.W. Josephus Jitta*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133, Deventer: Kluwer 2016, p. 71; C.D.J. Bulten, ‘Beren op de weg’, in: C.D.J. Bulten *et al.* (red.), *Marius geannoteerd. Opstellen aangeboden aan Mr. M.W. Josephus Jitta*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 79; J.H.M. Willems, ‘Verslag van de discussie’, p. 220, in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 98, Deventer: Wolters Kluwer 2016; S.J. van Calker, ‘Wanbeleid, kostenverhaal en aansprakelijkheid: een *fact check*’, in: G. van Solinge *et al.* (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 524 en 545; noot, onder 4-5, van Van Calker bij hof Amsterdam (OK) 31 maart 2017, *JOR* 2017/196, m.nt. S.J. van Calker (*Leaderland*); C.J.-A. Seinen, ‘Verhaal van onderzoekskosten: vreemde eend in de bijt van het enquêterecht’, *MvV* 2017, nr. 4, p. 134; R.Y.H. Doorduyn, ‘Enige gedachten omtrent de normatieve maatstaf voor art. 2:354 BW in *Leaderland*-perspectief’, *Bb* 2018/54, p. 204. C.E.J.M. Hanegraaf, *Art. 2:11 BW, doorgesluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?* (diss. Leiden), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 106, Deventer: Wolters Kluwer 2017, *para* 5.6.3 gaf aan het begin van die paragraaf als zijn eigen mening dat art. 2:354 BW geen grondslag van bestuurdersaansprakelijkheid is.

ik, in onderling verband en samenhang beschouwd, in aanmerking aangenomen dat (i) in zowel OK-beschikkingen⁴⁸ als in een HR-beschikking⁴⁹ als in conclusies (van A-G Mok)⁵⁰ het woord ‘aansprakelijk(heid)’ in dit verband werd gebezigd, (ii) het dictum van ’s Ondernemingskamers beschikking een veroordeling tot betaling van de onderzoekskosten kan inhouden,⁵¹ (iii) het te betalen bedrag kan worden

48 *Vide* hof Amsterdam (OK) 1 december 1994, *NJ* 1995/584, r.o. 5.5 (*VHS*); hof Amsterdam (OK) 19 juni 1997, *JOR* 1997/83, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/136, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.25 (*Bobel*); hof Amsterdam (OK) 10 december 1998, *NJ* 1999/390, *JOR* 1999/32, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.12 (*Spiegelenburg*); hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, *JOR* 2013/7, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.65 en 3.67 (*Cancun*); hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, *JOR* 2013/102, m.nt. D.A.M.H.W. Strik, r.o. 11.12 (*Van der Moolen*); hof Amsterdam (OK) 31 maart 2017, *JOR* 2017/196, m.nt. S.J. van Calker (*Leaderland*); hof Amsterdam (OK) 7 september 2018, *ARO* 2018/201, r.o. 4.17 (*Loda*). In de *Bobel*-beschikking overwoog zij ook nog het volgende: ‘Ten overvloede zij in dit verband vermeld dat – anders dan partijen soms schijnen te denken – het hier uitsluitend gaat om de beoordeling van het verzoek tot verhaal van de kosten van het noodzakelijk gebleken onderzoek, hetgeen niet – althans niet zonder meer – hoeft te betekenen dat de betrokken verweerders ook (allen) *aansprakelijk zijn voor de schade die het gevolg is van het faillissement van Bobel* [curs. RPJ].’

49 HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/82, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/135, m.nt. P. van der Vlis, r.o. 4.16.1 (*Text Lite*).

50 *Vide* de conclusie, onder 3.4.2, bij HR 8 april 1998, *JOR* 1998/133, m.nt. G. van Solinge, *TVVS* 1998/73, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Skipper Club*); de conclusie, onder 3.1.3.4, 3.1.4 en 4.3.2, bij HR 19 mei 1999, *NJ* 1999/658, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1999/145, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 1999/51, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bobel*).

51 *Vide* HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/82, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/135, m.nt. P. van der Vlis, r.o. 4.3.1 (*Text Lite*); HR 13 april 2018, *NJ* 2018/354, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2018/171, m.nt. F.G.K. Overkleeft, *Ondernemingsrecht* 2018/82, m.nt. P.H.M. Broere, r.o. 3.4.2 (*Leaderland*). Naar het oordeel van de Hoge Raad in de eerstgenoemde beschikking is het immers niet in overeenstemming met de strekking van art. 2:354 BW, en overigens evenmin zinvol, indien naast de uitspraak van de Ondernemingskamer voor de feitelijke veroordeling de beslissing van een andere rechter zou zijn vereist. Ook plv. P-G Van Soest vermocht niet in te zien dat voor een veroordeling van de betrokkenen tot betaling van de (onderzoeks)kosten nog een afzonderlijke vordering nodig zou zijn; *vide* zijn conclusie, onder 10.10, bij de bovengenoemde beschikking. Nu het dictum van de beschikking van de Ondernemingskamer een veroordeling in de onderzoekskosten kan inhouden, kan de laatste zin van art. 2:354 BW, houdende dat art. 2:350, tweede lid, laatste volzin, BW, waarin staat dat voor het door de rechtspersoon instellen van een vordering tegen een verzoeker (tot enquête) mede de woonplaats geldt welke die verzoeker voor de indiening van het (enquête)verzoek heeft gekozen, van toepassing is, worden geschrapt. Immers, anders dan de procedure in art. 2:350, tweede lid, BW, die moet worden ingeleid met een dagvaarding, welke geschiedt bij exploit (*vide* art. 111, eerste lid, Rv), dat, voor zover hier van belang, mede de woonplaats vermeldt van degene voor wie het exploit bestemd is (*vide* art. 45, derde lid, aanhef en onderdeel d, Rv), moet de procedure in art. 2:354 BW worden ingeleid met een verzoekschrift, waarin, voor zover hier van belang, slechts de woonplaats van de verzoeker moet worden vermeld (*vide* art. 278, eerste lid, eerste volzin, Rv). Evenzo Geerts 2004, *op. cit.*, p. 227; P.G.F.A. Geerts, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 7. Voor schrapping van de hogerbedoelde zin pleitte Geerts reeds in zijn noot, onder 5 (*in fine*), bij HR 16 augustus 1996, *NJ* 1997/37, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1996/172, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*VHS*), nu deze volgens hem, in dit verband, misleidend is. Van der Vlis 1997, *op. cit.*, p. 228 (voetnoot 18) deelt de conclusie van Geerts met betrekking tot die schrapping. *Vide* bovendien Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1802 (voetnoot 368), volgens wie de laatste volzin van art. 2:354 BW

vermeerderd met de wettelijke rente (art. 6:119 BW),⁵² (iv) de betrokkenen hoofdelijk (*vide* art. 6:6, tweede lid, BW) in de betaling van de onderzoekskosten kunnen worden veroordeeld,⁵³ (v) een betrokkene – zonder een andersluidend

in wezen niet goed te begrijpen is en overbodig is. Dat laatste is ook opgemerkt door B. Winters, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:354 BW, aant. C.4. Volgens Storm 2014a, *op. cit.*, p. 183 (voetnoot 150) berust de laatste zin van art. 2:354 BW kennelijk op een vergissing (dit staat niet (meer) in Storm 2018, *op. cit.*, p. 319 (voetnoot 297)).

- 52 De vraag die zich dan aandient, is wanneer die rente moet worden betaald: (a) vanaf de dag der indiening van het (zelfstandige) verzoek tot kostenverhaal of (b) vanaf de dag van het geven der beschikking? Geerts schreef daar in zijn noot, onder 5, bij hof Amsterdam (OK) 27 maart 1997, *TVVS* 1997/83, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Skipper Club*) het volgende over: ‘De vennootschap had voordat de art. 2:354 BW-procedure was aangevangen de kosten van het onderzoek betaald. De vennootschap heeft de OK verzocht Jaarsma te veroordelen tot betaling van deze kosten “vermeerderd met de wettelijke rente vanaf het moment dat deze kosten door de vennootschap zijn voldaan”. Omtrent de te betalen wettelijke rente bepaalt de OK dat de bestuurder deze moet betalen vanaf de dag van de beschikking en niet vanaf een eerder tijdstip: de verplichting tot het betalen van de kosten van het onderzoek door de bestuurder “eerst met en tengevolge van de in dezen te nemen beslissing ontstaat”. Zie ook OK 2 november 1995, De NV 1996, p. 14. Hiermee is de OK – m.i. terecht – teruggekomen op haar beslissing in OK 7 januari 1993, NJ 1993, 412 waar zij de wettelijke rente berekend heeft vanaf de dag van de indiening van het art. 2:354 BW-verzoekschrift. Heeft de vennootschap de kosten nog niet betaald dan moet de bestuurder die in de kosten van het onderzoek is veroordeeld, de wettelijke rente betalen vanaf de dag van betaling door de vennootschap. Zie OK 2 november 1995, De NV 1996, p. 14.’ *Vide* ook Geerts 2004, *op. cit.*, p. 224 (voetnoot 41). In hof Amsterdam (OK) 10 december 1998, *NJ* 1999/390, *JOR* 1999/32, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Spiegelenburg*), hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, *JOR* 2013/7, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Cancun*) en in hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, *JOR* 2013/102, m.nt. D.A.M.H.W. Strik (*Van der Moolen*) koos de Ondernemingskamer evenwel (weer) voor het bedoelde onder (a). Zo overwoog zij in r.o. 3.67 en r.o. 11.13 van de laatstgenoemde beschikkingen dat de wettelijke rente toewijsbaar is ‘vanaf de indiening van het verzoek, dus vanaf 8 september 2011, zoals door de Vennootschap verzocht’ respectievelijk dat ‘Den Drijver en Kroon (...) over het bedrag van de onderzoekskosten wettelijke rente verschuldigd [zijn, toev. RPJ] vanaf de datum van het inleidend verzoek [curs. RPJ] van de curatoren, te weten 11 juli 2011’. In hof Amsterdam (OK) 9 juli 2014, *ARO* 2014/153, *Ondernemingsrecht* 2014/131, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 5.15 (*Groene Energie Administratie*) koos zij echter (weer) voor het bedoelde onder (b): betaling van de wettelijke rente vanaf de dag van haar beschikking. Hetzelfde geldt voor hof Amsterdam (OK) 31 maart 2017, *JOR* 2017/196, m.nt. S.J. van Calker, r.o. 3.11, *in fine* (*Leaderland*), hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2017, *JOR* 2018/69, m.nt. D.-J.F.F.M. Duynstee, r.o. 1.8 (*Inter-Burgo*) en hof Amsterdam (OK) 7 september 2018, *ARO* 2018/201 (*Loda*). Deze laatste vier beslissingen acht ik (de) juist(e), nu de betalingsverplichting ter zake van de onderzoekskosten pas ontstaat vanaf het geven van de (toewijzende) beslissing op het (zelfstandige) art. 2:354 BW-verzoek. Aldus ook Hermans, Winters en Van der Schrieck, *op. cit.*, p. 48. *Cf.* HR 2 juni 2017, *NJ* 2017/239, r.o. 3.5.2 *et seq.* (*Vano Vastgoed*).
- 53 *Vide* hof Amsterdam (OK) 19 juni 1997, *JOR* 1997/83, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/136, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.25 (*Bobel*), waarin de Ondernemingskamer – naar aanleiding hiervan dat een aantal verweerders had aangevoerd dat een veroordeling uit hoofde van art. 2:354 BW niet hoofdelijk mag of kan zijn – overwoog dat ‘[e]lk van de verweerders heeft – door handelen en/of nalaten – zodanig bijgedragen aan de omstandigheden die uiteindelijk tot de enquête hebben geleid

geluid van de Hoge Raad – op de voet van art. 2:11 BW in de zo-even genoemde kosten kan worden veroordeeld,⁵⁴ (vi) de betrokkene, voor de toepasselijkheid van

(...), dat elk van hen voor het geheel aansprakelijk moet worden gehouden voor de kosten van het onderzoek. *Daarmee is ingevolge artikel 6:6 lid 2 BW de hoofdelijkheid gegeven* [curs. RPJ]'; hof Amsterdam (OK) 10 december 1998, *NJ* 1999/390, *JOR* 1999/32, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.12 (*Spiegelburg*); hof Amsterdam (OK) 28 juni 2001, *JOR* 2001/148, m.nt. F.J.P. van den Ingh, r.o. 3.26 (*De Vries Robbé*); hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, *JOR* 2012/77, m.nt. J.F. Ouwehand, *JIN* 2012/11, m.nt. M. van den Berg, r.o. 4.142 (*Landis*); hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, *JOR* 2013/7, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.67 (*Cancun*); hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, *JOR* 2013/102, m.nt. D.A.M.H.W. Strik, r.o. 12.2 (*Van der Moolen*); hof Amsterdam (OK) 9 juli 2014, *ARO* 2014/153, *Ondernemingsrecht* 2014/131, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 5.15 (*Groene Energie Administratie*); HR 13 april 2018, *NJ* 2018/354, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2018/171, m.nt. F.G.K. Overkleef, *Ondernemingsrecht* 2018/82, m.nt. P.H.M. Broere, r.o. 3.4.2 (*Leaderland*). *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61, m.nt. P. van Schilfgaarde, *AA* 2016/3, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 15.2 (*Meavita*), waarin de Ondernemingskamer geen aanleiding zag voor een hoofdelijke veroordeling in de betaling van de onderzoekskosten.

- 54 *Vide* hof Amsterdam (OK) 28 juli 2011, *JOR* 2011/329, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 5.4 (*Königsberg*). In zijn noot, onder 5, bij deze beschikking vroeg Josephus Jitta zich af of de veroordeling van de rechtspersoon-bestuurder tot betaling van de onderzoekskosten als 'aansprakelijkheid' in de zin van art. 2:11 BW kan worden aangemerkt, waaraan hij toevoegde dat zulks in ieder geval wel praktisch is. Bartman waagt met Josephus Jitta te betwijfelen of de werking van art. 2:11 BW zo ver gaat dat ook de onderzoekskosten in een art. 2:354 BW-procedure via die route in rekening kunnen worden gebracht bij een tweedegraads bestuurder, waarbij zijns inziens komt dat de Ondernemingskamer niet aan bestuurdersaansprakelijkheid doet en dan ook niet het daartoe ontworpen instrumentarium, waaronder art. 2:11 BW, moet gebruiken. Zuiverder was volgens Bartman geweest als de Ondernemingskamer onder de term 'bestuurder' als bedoeld in art. 2:354 BW mede de tweedegraads bestuurders had verstaan. *Vide* zijn noot, onder 3, bij rb. Maastricht 1 juni 2011, *JOR* 2011/357, m.nt. S.M. Bartman (*BAM*). C.E.J.M. Hanegraaf, 'Het verhalen van kosten van een enquête op een indirect bestuurder', *Ondernemingsrecht* 2019/63, p. 335 concludeerde dat de in art. 2:354 BW bedoelde kosten niet via art. 2:11 BW op een indirecte bestuurder verhaald kunnen worden, nu het eerstgenoemde artikel geen grondslag van bestuurdersaansprakelijkheid is. Bulten en Leijten, *op. cit.*, p. 182 zien dit anders. Zij zijn van mening dat nu art. 2:354 BW een aansprakelijkheidbepaling voor, onder andere, bestuurders bevat en art. 2:11 BW beoogt alle (Boek 2 BW-)aansprakelijkheden door te schakelen naar (dubbel-)indirecte bestuurders, dat laatste ook voor art. 2:354 BW geldt, reden waarom de Ondernemingskamer het in hun optiek bij het rechte eind heeft. Dit standpunt is, in essentie, herhaald in Bulten 2016, *op. cit.*, p. 79. Volgens Van den Ingh kan, nu de Hoge Raad blijktens HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/82, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997, 135, m.nt. P. van der Vlis (*Text Lite*) van oordeel is dat functionarissen rechtstreeks tot betaling van de kosten jegens de vennootschap kunnen worden veroordeeld, art. 2:11 BW als grondslag dienen voor de gelijkstelling van een, kort gezegd, indirect bestuurder van de geënuquëerde vennootschap aan een direct bestuurder ervan; *vide* zijn noot, onder 3, bij hof Amsterdam (OK) 19 juni 1997, *JOR* 1997/83, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/136, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bobel*). *Vide* ook Maeijers noot, onder 4 (*in fine*), bij HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/82, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/135, m.nt. P. van der Vlis (*Text Lite*); Geerts 2004, *op. cit.*, p. 237; P.G.F.A. Geerts, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 10. Zij wezen in dit verband ook op art. 2:11 BW. *Vide* voorts

art. 2:354 BW, persoonlijk een ‘verwijt’ moet kunnen worden gemaakt,⁵⁵ (vii) een art. 2:354 BW-veroordeling strekt tot vergoeding van ‘schade’, bestaande in de

-
- Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1062; Storm 2018, *op. cit.*, p. 336. Overigens noem ik Hanegraaf 2017, *op. cit.*, p. 107 *et seq.*, die als zijn mening gaf dat art. 2:354 BW geen grondslag van bestuurdersaansprakelijkheid is en dat deswege niet via art. 2:11 BW tot veroordeling van een tweedegraads bestuurder kan worden gekomen.
- 55 HR 18 november 2016, *NJ* 2017/202, m.nt. H.B. Krans en P. van Schilfgaarde, *JOR* 2017/30, m.nt. A. Hammerstein, *Ondernemingsrecht* 2017/50, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté, r.o. 3.6.2 (*Meavita*); HR 13 april 2018, *NJ* 2018/354, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2018/171, m.nt. F.G.K. Overkleeft, *Ondernemingsrecht* 2018/82, m.nt. P.H.M. Broere, r.o. 3.3.2-3.3.3 (*Leaderland*). *Vide* mede G. van Solinge, ‘Van wanbeleid naar aansprakelijkheid’, in: G. van Solinge *et al.* (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 510-511. *Vide* ook de conclusie, onder 3.32, van A-G Timmerman bij de eerstgenoemde beschikking. De Hoge Raad vereist individuele en concrete verantwoordelijkheid. Daaraan zou de A-G verwijtbaarheid willen toevoegen. Zijns inziens ligt deze benadering voor de hand, omdat art. 2:354 BW een soort van *lex specialis* van art. 2:9 BW – waarin ernstige verwijtbaarheid als een aansprakelijkheid vestigende omstandigheid een belangrijke rol speelt – is. *Vide* ook zijn conclusie, onder 4.7.11 en 4.7.16, bij HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan, *AA* 2014/6, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Cancun*), HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Cancun*) en HR 4 april 2014, *Ondernemingsrecht* 2014/101, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Cancun*). *Vide* verder Van der Vlis 1997, *op. cit.*, p. 229, die uit de *VHS*-procedure (*vide* HR 16 augustus 1996, *NJ* 1997/37, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1996/172, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.3.1 (*VHS*) en hof Amsterdam (OK) 1 december 1994, *NJ* 1995/584, r.o. 5.5 (*VHS*)) de conclusie trok dat met verantwoordelijkheid als bedoeld in art. 2:354 BW wordt bedoeld op ‘persoonlijke verwijtbaarheid’. *Vide* mede P.G.F.A. Geerts, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 9.2, volgens wie de Hoge Raad met zijn oordeel in de *VHS*-beschikking (*vide* hiervoor) over ‘individuele draagplicht’ tot uitdrukking wil brengen dat een kostenverhaal alleen mogelijk is indien de bestuurder of commissaris een ‘persoonlijk (ernstig; zie slot van deze aantekening) verwijt kan worden gemaakt’. *Vide* tevens Geerts 2004, *op. cit.*, p. 230-232 en 235. *Vide* daarnaast Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1810, die aansluiting bij de eis van een persoonlijk ernstig verwijt als toegepast in de context van art. 2:9, tweede lid, BW heeft gepleit. Volgens Assink en Kroeze, *op. cit.*, p. 59 zou het ‘juridisch zuiverder zijn en de transparantie van haar motivering ten goede komen indien de OK zich hier voor iedere betrokkene van een contextuele *ernstig verwijtmaatstaf* [curs. RPJ] zou bedienen’. *Vide* over het ‘ernstig’ verwijt ook de conclusie, onder 2.8, van A-G Wesseling-van Gent bij de hogergenoemde *Leaderland*-beschikking en hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, *JOR* 2013/7, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.63, 3.64.1 en 3.65 (*Cancun*). In de laatstgenoemde overweging lezen wij dat de Ondernemingskamer van oordeel was dat ‘de handelwijze van Roovers aldus van een in hoge mate onjuist beleid ter zake waarvan hem *persoonlijk een ernstig verwijt* [curs. RPJ] moet worden gemaakt’. Na het geven van ‘s Hogen Raads *Meavita*-beschikking anders: hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, *JOR* 2018/41, m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 4.27 (*Staphorst*), waarin de Ondernemingskamer als volgt overwoog: ‘De Ondernemingskamer acht, in het licht van de voorgaande overwegingen, in onderlinge samenhang gezien, voldoende feitelijke grondslag voorhanden om, zoals de onderzoeker ook als haar mening naar voren heeft gebracht, te oordelen dat het wanbeleid hoofdzakelijk is te wijten aan Welles. Aan de voorwaarde dat Welles een persoonlijk verwijt treft, is voldaan. *Anders dan Welles c.s. kennelijk menen, kan daarbij in het midden blijven of sprake is van een ernstig persoonlijk verwijt* [curs. RPJ].’ Die ‘ernstige’ verwijtbaarheid zou mijns inziens wel aansluiten bij de opmerking van de minister dat de Ondernemingskamer moet uitmaken of een beleidsfout ‘ernstig’ genoeg is om grond tot, hetzij

betaling van de onderzoekskosten,⁵⁶ en (viii) de art. 2:354 BW-regeling een *lex specialis* is die deroegert aan de aansprakelijkheidsregeling van art. 2:9 BW, de *lex generalis*.⁵⁷

Dit aansprakelijkheidskarakter van art. 2:354 BW maakt de enquêteregeling echter onzuiver. Immers, ‘verantwoordelijkheid’ moet worden onderscheiden van ‘aansprakelijkheid’.⁵⁸ Dat eerste kán tot dat laatste leiden, maar dat hoeft (dus) niet.⁵⁹ Het enquêterecht – en daarmee ook de bevoegdheid van de Ondernemingskamer – vindt, voor zover hier van belang, zijn (uiterste) grens in het vaststellen van individuele verantwoordelijkheid voor mogelijk blijkend wanbeleid, waarbuiten (dus) valt het doen van onderzoek naar, het vellen van oordelen over en het (uiteindelijk) vaststellen

geheel, hetzij gedeeltelijk, verhaal te geven; *vide Kamerstukken II* 1968/69, 9596, 6, p. 16 (MvA). *Vide* ook Van Calker, *op. cit.*, p. 525; Doorduyn, *op. cit.*, p. 205; Leijtens noot, onder 20, bij de *Staphorst*-beschikking. Overigens noem ik Van Solinge 1998, *op. cit.*, p. 55; M.W. Josephus Jitta, in: *T&C Ondernemingsrecht*, art. 2:354 BW.

56 HR 13 april 2018, *NJ* 2018/354, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2018/171, m.nt. F.G.K. Overkleef, *Ondernemingsrecht* 2018/82, m.nt. P.H.M. Broere, r.o. 3.4.2 (*Leaderland*).

57 *Vide* HR 16 augustus 1996, *NJ* 1997/37, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1996/172, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.3.2 (*VHS*): ‘Voorts dient in het oog te worden gehouden dat de regeling van de artt. 2:350 en 2:354 BW een voorziening beoogt te treffen aangaande de vraag wie de kosten van het onderzoek moet dragen. Aldus is een *bijzondere regeling* getroffen voor een concrete casuspositie, hetgeen tot gevolg heeft dat de *algemeen gestelde aansprakelijkheidsregeling* van art. 2:9 BW *niet meer aan bod komt*.’ (curs. RPJ) *Vide* ook de conclusie, onder 8.3-8.5, van plv. P-G Van Soest bij HR 16 augustus 1996, *NJ* 1997/37, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1996/172, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*VHS*), volgens wie de regeling als bedoeld in art. 2:354 BW wetssystematisch naar voren komt als een *lex specialis*, die de *lex generalis* van art. 2:9 BW opzijzet. Die *lex specialis* gaat, zo vervolgde de plv. P-G, uit van de aanwezigheid – uit het verslag – van een individuele, persoonlijke, verantwoordelijkheid, waaraan art. 2:9 BW niet af of toe kan doen. *Vide* voorts de conclusie, onder 3.40, van A-G Timmerman bij HR 18 november 2016, *NJ* 2017/202, m.nt. H.B. Krans en P. van Schilfgaarde, *JOR* 2017/30, m.nt. A. Hammerstein, *Ondernemingsrecht* 2017/50, m.nt. M.H.C. Sinnighe Damsté (*Meavita*), alwaar hij opmerkte art. 2:354 BW ‘een soort van *lex specialis* van art. 2:9 BW is’. Met andere woorden: de rechtspersoon kan de onderzoekskosten niet uit hoofde van laatstgenoemd artikel op bestuurders verhalen. Evenmin kan hij dat op de voet van art. 6:162 BW, aldus Buijn en Storm, Geerts, Maeijer en Storm; *vide* de noot, onder 3 (*in fine*), van Maeijer bij HR 16 augustus 1996, *NJ* 1997/37, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1996/172, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*VHS*); noot, onder 2 (voetnoot 5), van Geerts bij HR 19 mei 1999, *NJ* 1999/658, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1999/145, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 1999/51, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bobel*); Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1063; Storm 2014a, *op. cit.*, p. 185. Eerstgenoemden voegden daar ook nog art. 2:8 BW aan toe. Laatstgenoemde noemde, naast de voormelde artikelen, nog art. 6:72 BW. *Vide* ook Storm 2018, *op. cit.*, p. 325 (tekst is anders dan in Storm 2014a, *op. cit.*, p. 185) en 337-338.

58 Evenzo A-G Timmerman in zijn conclusie onder 3.1 (voetnoot 17, *if.*), bij HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1279. *Vide* hierover ook Van Solinge 1998, *op. cit.*, p. 38-42.

59 H.F.J. Joosten, ‘Enquête: verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van ‘functionarissen’’, in: P. Ingelse (red.), *De Ondernemingskamer*, Prinsengrachtreeks 1998/1, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 27.

van individuele aansprakelijkheid.⁶⁰ Desondanks ziet art. 2:354 BW – naar de kern bezien – op (een bijzondere vorm van) aansprakelijkheid. Ziedaar de onzuiverheid.

60 Ter adstructie wijs ik op het volgende, in onderling verband en samenhang beschouwd. Ten eerste heeft de Hoge Raad in HR 18 november 2005, *NJ* 2006/173, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/295, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2006/10, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.2 (*Unilever*) (a) herhaald dat de wetgever blijkens de onstaansgeschiedenis van de enquêteregeling als doeleinde van het enquêterecht (mede) beschouwt de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid en (b) uitgemaakt dat tot de doeleinde van het enquêterecht niet behoort de beslechting van geschillen van vermogensrechtelijke aard en evenmin het doen van onderzoek naar de feitelijke achtergrond daarvan. Volgens L. Timmerman, 'De begrenzers van het enquêterecht', in: *Ondernemingsrecht door en voor Mick den Boogert*, Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 62, Deventer: Kluwer 2008, p. 150 betekent zulks onder andere dat 'het enquêterecht niet bedoeld is om vragen in verband met de aansprakelijkheid [curs. RPJ] van bestuurders en andere belangrijke functionarissen van de vennootschap te beantwoorden en ook niet om onderzoek te verrichten naar feiten die van belang zijn voor het beantwoorden van dergelijke vragen'. *Vide* ook zijn opvatting in voetnoot 61 *infra*. Ten tweede heeft de Hoge Raad in HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/82, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/135, m.nt. P. van der Vlis, r.o. 4.1.3 (*Text Lite*), voor zover hier van belang, overwogen dat het door de Ondernemingskamer geven van oordelen over 'persoonlijke aansprakelijkheid' voor de gevolgen van mogelijkerwijs te constateren wanbeleid buiten haar bevoegdheid valt. Ten derde heeft de Hoge Raad in HR 4 april 2003, *NJ* 2003/538, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/134, m.nt. Y. Borrius, *Ondernemingsrecht* 2003/36, m.nt. F. Veenstra, r.o. 3.4 (*Skipper Club*) overwogen dat het hof met zijn oordeel, houdende dat, kort gezegd, 's Ondernemingskamers wanbeleidbeschikking en haar art. 2:354 BW-beschikking geen directe betekenis hebben voor de in dit geding gestelde rechtsbetrekking tussen partijen, tot uitdrukking heeft gebracht dat de evengenoemde beschikkingen 'niet (tevens) bindend doen vaststaan dat Jaarsma aansprakelijk is op de voet van art. 2:9 BW' en dat dit oordeel juist is. Ten vierde heeft in *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 16 en 37 (MvT) de minister van Veiligheid en Justitie, Opstelten, het volgende opgemerkt: 'Het oordeel van de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure over een bepaald aandeelhoudersbesluit, het gedrag van de algemene vergadering of een individuele aandeelhouder geeft overigens geen antwoord op de vraag of een individuele aandeelhouder aansprakelijk kan worden gehouden voor de gang van zaken binnen de vennootschap. Dat zal desgewenst in een aansprakelijkheidsprocedure, waarbij het gedrag van de desbetreffende aandeelhouder centraal staat, moeten worden vastgesteld.' respectievelijk 'Wanneer een enquêteprocedure uitmondt in de uitspraak dat sprake is van wanbeleid van het bestuur, dan staat daarmee de aansprakelijkheid van een individuele bestuurder nog niet vast. De individuele bestuurder is bij de enquêteprocedure ook geen partij. Voor de aansprakelijkstelling is derhalve een separate procedure tegen een bestuurder nodig, waarin vanzelfsprekend een eerder oordeel dat de gezamenlijke bestuurders verantwoordelijk zijn voor wanbeleid wel een belangrijke rol zal kunnen spelen.' (curs. RPJ) Verder noem ik Van Solinge 1998, *op. cit.*, p. 39, volgens wie het enquêterecht voorziet in een 'bijzondere vorm van verantwoording [curs. RPJ] afleggen'. Tot besluit wijs ik op E.M. Wesseling-van Gent, 'To Fish or not to Fish, that's the Question', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2005-2006*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 87, Deventer: Kluwer 2006, p. 345: 'Afgezien van strijd met de wet en de bedoeling van de wet is de enquêteprocedure als opmaat voor een aansprakelijkheidsprocedure ook niet in overeenstemming te brengen met de aard van de verzoekschriftprocedure en biedt het onderzoek te weinig waarborgen om daartoe te kunnen dienen.' (voetnoot verwijderd)

Voornoemd artikel, althans het tweede onderdeel ervan, hoort, naar mijn opvatting, dan ook niet in de enquêteregeling thuis.⁶¹ Teneinde het enquêterecht zuiver te houden dient aansprakelijkheid – strikt – van verantwoordelijkheid te worden (af-)gescheiden.⁶² Schrapping, ook in zoverre, van art. 2:354 BW is dan ook geïndiceerd.⁶³ De gewone civiele rechter dient te worden geadieerd. Proceseconomische redenen kunnen daar niet aan afdoen.⁶⁴

Tegen de achtergrond van al het vorengaande laat ik (het bepaalde in) art. 2:354 verder rusten; er zal bij de bespreking van het enquêterecht in concernverhoudingen naar wenselijk recht bijgevolg geen aandacht aan worden besteed.

61 Volgens A-G Timmerman in zijn conclusie onder 3.1, bij HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1279 maakt een bepaalde opzet de enquêteprocedure niet geschikt voor aansprakelijkheidsgeschillen. In die procedure draait het in essentie om verantwoording, terwijl het bij aansprakelijkheid gaat om de verplaatsing van schade. Dat laatste hoort zijns inziens niet thuis in het enquêterecht.

62 Cf. Van Solinge 1998, *op. cit.*, p. 60.

63 Voor het uit de enquêteregeling verwijderen van (een deel van) art. 2:354 BW is reeds eerder gepleit; *vide* P.M.M. van der Grinten en M.J. Kroeze, 'Het congres "Rechtspleging in het ondernemingsrecht"', *TVVS* 1997/1, p. 13; Van der Vlis 1997, *op. cit.*, p. 230; Van Solinge 1998, *op. cit.*, p. 57; Van der Vlis 2000, *op. cit.*, p. 321-322 en 324; Geerts 2004, *op. cit.*, p. 239-240; P.G.F.A. Geerts, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 11; Veenstra 2010, *op. cit.*, p. 263 en 267-268; Borrius, *op. cit.*, p. 71; Van Calker in zijn noot, onder 6, bij hof Amsterdam (OK) maart 2017, *JOR* 2017/196 (*Leaderland*); Josephus Jitta 2018b, *op. cit.*, p. 83. *Vide* ook Seinen, *op. cit.*, p. 135, die opmerkte dat de kostenverhaalsmogelijkheid eigenlijk niet in de enquêteprocedure thuishoort. In gelijke zin Van Solinge 2017, *op. cit.*, p. 514. *Vide* daartegen Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1085; Overkleef in zijn noot, onder 7-8, bij HR 13 april 2018, *NJ* 2018/354, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2018/171, m.nt. F.G.K. Overkleef, *Ondernemingsrecht* 2018/82, m.nt. P.H.M. Broere (*Leaderland*). *Vide* ook Storm 2014, *op. cit.*, p. 184. Van Solinge, die meent dat kostenverhaal uit het enquêterecht moet verdwijnen, en zo niet, slechts in het zwaarste geval (wanbeleid) moet worden toegelaten; *vide* zijn noot bij HR 8 april 1998, *JOR* 1998/133 (*Skipper Club*), para 8. O.R. van Brunschot, 'De faillissementsenquête', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 97, Deventer: Kluwer 2008, p. 248 pleitte voor het overhevelen van art. 2:354 BW naar de dagvaardingsprocedure.

64 *Vide* de conclusie, onder 3.31, van A-G Timmerman bij HR 18 november 2016, *NJ* 2017/202, m.nt. H.B. Krans en P. van Schilfgaarde, *JOR* 2017/30, m.nt. A. Hammerstein, *Ondernemingsrecht* 2017/50, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté (*Meavita*).